



LEGITIMACIÓN DE ACTIVOS DE ORIGEN DELICTIVO

por Héctor Daniel Bertoia

PREVENCIÓN Y REPRESIÓN- ANTECEDENTES

Históricamente el proceso de evolución hacia una más elaborada estrategia de prevención y represión del delito de lavado de dinero encuentra sus raíces, primero en los EEUU, y luego inmediatamente en Europa.

En realidad, el lavado de dinero, como tal tiene sus inicios en las calles de las grandes capitales de los EEUU. La recaudación de la venta clandestina de estupefacientes era depositada en los bancos sin ningún trámite ni control, y esos fondos se introducían fácilmente al circuito formal.

Pérez Lamela¹ ubica temporalmente este fenómeno durante la década del 60, cuando no se conceptuaba aún el delito del lavado de dinero.

Principalmente, indica el autor, se dictan tres leyes respecto del lavado, aunque no de mayor trascendencia. Estas son la Ley de Control del Lavado de Dinero de 1986, la Ley de Encausamiento de 1988, y la Ley Antidroga Annunzio Willey de 1992.

Es a partir de la sanción de éstas normas cuando comienza a observarse la introducción de todo tipo de leyes respecto del lavado en gran parte de Europa y América. Como ejemplo, el mismo autor cita la Ley de Delitos Vinculados al Narcotráfico del Reino Unido en 1986, la Ley 55 de 1990 en Italia, la Ley 90-614 del año 1990 en Francia, y la Ley 19 de 1993 de Blanqueo de Capitales en España, entre otras. En Argentina la primera norma respecto de delito se promulga el 10 de Octubre de 1989, denominándose Ley 23737 "Ley Penal sobre Estupefacientes".

No obstante, la gran preocupación de los EEUU desde un comienzo, es el accionar del crimen organizado en general, que lleva al país a sancionar en el año 1970 la Racketeered Influenced and Corrupt Organisation Act (RICO), y la Continuing Criminal Enterprises Act (CCE).

Ambas normas prescriben cierto tipo de medidas confiscatorias, así como medidas administrativas de tipo disuasivo contra la violación de sus preceptos.

El efecto social que la potestad confiscatoria de activos generó, tiene relación con su enorme alcance represor, incluso superior al encarcelamiento de los responsables del crimen.

¹ Pérez Lamela Héctor, Reartes Roberto; "Lavado de Dinero. Un Enfoque Operativo"; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 2000; Pág. 19 y 20



A partir de tal momento, los alcances de tal norma, tanto en lo que se refiere a los delitos subsecuentes pasibles de ser penalizados por medio de la misma, como la cantidad de delitos incluidos en el proceso, se ha visto significativamente ampliada y expandida².

Otra medida de semejante importancia, también implementada en 1970, hacía referencia a la cuestión del secreto bancario en los EEUU.

La Bank Secrecy Act (BSA) establecía medidas para obligar a bancos e instituciones financieras a develar ciertos secretos bancarios hasta ese momento protegidos ante la vista y el control de las agencias gubernamentales.

A partir de ese momento, el Secretario del Tesoro de la Reserva Federal se encontraba autorizado a emitir regulaciones diversas en cuanto a la obligación de constituir archivos personales para cada tipo de cliente de instituciones bancarias.

En principio se interesaba en operaciones de mas de U\$S 10.000, las que incluían desde el simple depósito hasta las transferencias de banco a banco.

La BSA comprendió asimismo transacciones de residentes y ciudadanos de los EEUU, que en virtud de cualquier tipo de negocio se realizaban con contrapartes fuera de los límites del país. Además se autorizaba a las autoridades a requerir a las instituciones identificar y mantener registros de los clientes y transacciones bancarias de todo tipo, más allá de las de estricto orden de comercio exterior.

El Congreso de los EEUU comenzaba de esta forma a prestar atención a ciertos procesos de lavado de dinero, sin criminalizar aún ninguna conducta, pero teniendo bien en claro la necesidad de proveer de información mejor controlada y administrada en casos de operaciones sospechosas.

Al tiempo que el Congreso sancionaba la Racketeered Influenced and Corrupt Act (RICO) y la Continuing Criminal Enterprises Act (CCE), a modo de un conjunto de obligaciones de tipo administrativo contra las instituciones intermediadoras del crédito, su intención se develaba transparente: Controlar mas efectivamente el crimen original o de base, que generaba el proceso de lavado, preferiblemente, y antes que el lavado mismo. Aunque como afirma Buranaruangrote³,...tales reportes pueden ser claramente usados para descubrir las transacciones de lavado y además

² Ver este comentario en “Money Laundering Controls, Evolution and Effective Solution to Organised Crime”; The London Institute of International Banking, Finance and Development Law Ltd”; N° 46; 2003

³ Buranaruangrote Torsak; “Money Laundering Controls”; “Essays in International Financial & Economic Law”; Editorial “The London Institute of International Banking, Finance and Development Law Ltd”; Great Britain; 2003.



poder decomisar la propiedad que pudo ser individualizada como proveniente de adquisiciones legales, pero que en realidad proviene de origen criminal...

El objetivo determinado por las autoridades legislativas de los EEUU fue desde un primer momento, según el mismo autor, atacar el mal mayor que significaba para la nación el crimen organizado, o sea el delito antecedente que concluía en el proceso de lavado (The only evil that had to be controlled).

Las macro dimensiones de una economía como la de los EEUU dejaban de lado, en cuanto a su importancia criminal, el proceso de lavado de dinero, frente al crimen mismo de donde provenían los bienes a encubrir.

El propio autor al que nos referimos concluye que... aún la justificación de su criminalización en 1986, ha tenido más que ver con evitar problemas de legitimación de la BSA (Bank Secrecy Act) que con la percepción de que el lavado de dinero amenazaba la integridad y estabilidad del sistema financiero nacional...

Claro que esto último, (observación absolutamente compartida en la mayoría de las convenciones posteriores dictadas por organismos internacionales⁴) dentro de los parámetros de una economía de dimensiones considerables, en la cual el daño que puede infringir sobre la estabilidad del sistema financiero local, y la actividad económica, puede no ser significativa, y hasta a veces beneficioso bajo estrictos criterios rentistas.

A los efectos comparativos, citando la actitud de Suiza, su posición frente al delito, estuvo desde siempre mucho más orientada hacia la cuestión de la protección del ingreso de clientes a la nómina de depositantes, como parte de un conjunto de medidas más preventivas que represivas. La idea habría sido la evitación de operaciones que tuvieran origen en delitos, pero claro está con relativo interés, casi exclusivamente basado en cuestiones de reputación comercial, que propiamente investigativas como en los EEUU.

Incluso a partir de 1988 con la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Sicotrópicas, la posición de Suiza frente al crimen ha permanecido siendo de naturaleza preventiva.

Posteriormente la influencia internacional permitió un paulatino cambio de política criminal del país en torno al levantamiento del velo sobre el secreto bancario, pero no obstante lo que Buranaruangrote puntualiza es la continuidad de la filosofía

⁴ Ver Convención de Viena 1988, Declaración de Basilea 1988, Convención de Estrasburgo 1990, entre otras.



comercial que se ve afectada por la comisión del delito mas grave, que de pronto se comete en otro país, ya sea el los EEUU o en alguno del resto de Europa.

EL UNIVERSO DEL LAVADO DE DINERO

Tanto el fenómeno del financiamiento del terrorismo, como el lavado de dinero, son actividades delictivas nómades por excelencia; su espacio no son territorios demarcados por fronteras sino redes virtuales esencialmente transfronterizas. O al menos esto es lo que ha surgido como producto definido por los organismos internacionales, a lo que se pudiera observar un excesivo sobredimensionamiento que perturba.

Esta situación produce desconcierto en los sistemas de regulación jurídica de los estados nacionales, como así también en los espacios de actuación internacional, que cuentan en la mayoría de los casos con herramientas para la investigación y prevención, demasiado estáticas (demasiado condicionadas) como para ser eficaces a la hora de determinar la naturaleza y el origen de estas conductas⁵

El mecanismo ensayado por los organismos internacionales como solución de este problema, ha sido el fomentar criterios de armonización y estandarización normativa, con el fin de que cada país asimile conceptos, tipificaciones, sanciones e incluso instituciones jurídicas sobre la base de un modelo ideal. Desde luego siempre conceptualizando el delito casi exclusivamente como transnacional y de proporciones voluminosas. Esto genera otra cuestión de complicada resolución.

Como no pudo ser de otra manera, este proceso encuentra su resistencia inmediata en el mundo exterior, en cada estado que naturalmente posee una disímil realidad jurídica de la que pudiera entenderse como ideal, que encuentra inmediatos impedimentos institucionales, e incluso un diverso grado de compromiso político con el combate de ciertos fenómenos delictivos.

Toda empresa de tal magnitud, resulta plausible en el marco adecuado y en el lugar adecuado, o en otras palabras; cada palabra, cada intención, necesariamente debe

⁵ Raquel Castillejo Manzanares realiza un brillante comentario respecto del principio de la doble incriminación y la orden de detención en Europa a partir de la creación de un “Espacio jurídico europeo” propuesto en ocasión del Consejo Europeo de Bruselas de 1977 por Giscard d’Estaing. Critica vehementemente los problemas de ambigüedad que se suceden y las violaciones al principio de legalidad de los estados ante todo intento de armonización de normas internacionales. Ver en JA Número Especial; 2006-I; Pág. 17 y sigs.



tener su lugar, su "topos", su asentamiento y ordenación concreta para que lo dicho no se convierta en un conjunto de banalidades y abstracciones, a veces utópicas carentes de oportunidad y aplicabilidad. Esto especialmente vale para el derecho cuando se trata de sancionar un delito complejo que se define como global.

Para que los sistemas normativos de regulación operen con cierta legitimidad, deben necesariamente reconstruir un orden que ofrezca a cada norma la porción de realidad sobre la que debe inscribirse. En suma: la norma deseada debe tener un objetivo primariamente definido desde lo político, desde lo convencional, tomando el interés propio, como nación como base para su proyección, a partir de allí consensuar internacionalmente. Esto creo que solo lo han logrado ciertas naciones. Para el resto aun parece que hay mucho por hacer.

LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UNA NORMA

La elaboración de legislaciones de tipo penal que pretenda instrumentarse, tanto sobre el lavado de dinero, o respecto de cualquier tipo de delito, debe basarse en evidencias legítimas, y válidas en cuanto a su necesidad. Es absolutamente indispensable la noción acabada del daño social que una determinada conducta representa, cuestión que en condiciones normales debería brotar del clamor de la ciudadanía, pasando por el análisis crítico de legalidad, forma, alcance y evaluación de sus consecuencias, labor encomendada en teoría a los dogmáticos del derecho; y debiera culminar con un adecuado debate político de oportunidad, en cuanto a las formas legislativas que sean adoptadas etc.

En el Derecho Penal resulta así un requisito la evidencia científica de operatividad, y del daño social que resulte suficiente como para justificar la adopción de una medida. Además, insistimos en el debate de oportunidad y conveniencia de la norma. De lo contrario, la prohibición creada se convierte en inflación tipológica, muchas veces basada en la especulación popular, o en la impresión generada o promovida por los medios de comunicación que, en la mayoría de las oportunidades intentan explotar el sentimiento del temor social en términos de conveniencia económica propia.



Explica claramente Zuleta Puceiro ⁶ que "A diferencia del resto de los poderes, el Poder Judicial no es un campo apto para la experimentación y el ensayo. Su funcionamiento cristaliza en decisiones de gran significación, incidiendo sobre derechos subjetivos e intereses individuales, sectoriales y sociales. La propia naturaleza de la función judicial excluye casi por definición el tipo de procedimientos de reforma implementados en el campo de la Administración Pública. Para consolidarse, las reformas judiciales deben excluir todo enfoque provisional, del tipo del ensayo de "prueba y error". La seguridad jurídica es un valor fundante y ello impone exigencias superlativas de realismo, gradualismo y eficacia, sobre todo en una época signada por la declinación del concepto moderno de ley".

En la medida en que las sociedades actuales acentúan procesos de fragmentación, oligarquización, corporativismo y concentración de poder internacional, fundamentalmente económico, y la legislación pierde su referencia esencial a la idea de una racionalidad global, negociada en base a necesidades absolutamente compartidas, se acentúa el desgaste y el descrédito de las instituciones, la regla de las mayorías, y las divisiones clásicas de poder. Posiblemente entonces se crean normas de escaso o nula aplicabilidad práctica, solo por la conveniencia de su legislación.

Los problemas que plantea la adopción de estas relativamente nuevas instituciones o medidas legales para luchar contra el lavado de dinero, tienen que ver a mi juicio con la urgente extrapolación adoptada en primer término. Tal cual entiendo pretende hacerse respecto del delito de financiamiento del terrorismo internacional. En segundo término la vaguedad, la ausencia de un objetivo claro, del análisis de oportunidad que habláramos, cuestión que permitiría indudablemente sincerar un discurso político y guiar a la justicia para que pueda libremente investigar y juzgar. Por otro lado, se plantea el problema de una excesiva amplitud y sanción legal de tipo cumulativa, cuando todo enfoque investigativo debiera adherirse a los principios básicos del *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine culpae*, proporcionalidad y además la exclusiva circunscripción a criterios teóricos de que la conducta destacada sea en realidad socialmente disvaliosa.

La tendencia a ordenar sanciones de tipo cumulativa plantea el serio problema de legalidad y proporcionalidad de castigos, junto al riesgo de la potenciación de

⁶ Zuleta Puceiro; "Interpretación de la Ley, Casos y Materiales para su Estudio"; Ed. La Ley; 2005; Pág. 9.



políticas de castigos severos o demasiado crueles. Lo que hace repensar la necesidad social de reprimir un crimen que en realidad se haya definido como reprimible.

Los EEUU han desarrollado diversas tentativas de solución en torno del tipo de delito a combatir, a partir de la definición de su alcance dañoso. Es así que en un primer término superaron dificultades dogmáticas con la aplicación de lo que en principio se diera en llamar "doctrina de la unión".

Por medio de esta doctrina se interpretaba que un delito ya iniciado sería parte, o formaría una unión con el último crimen. En un ejemplo práctico podemos graficar de que manera se aplicaba: Una persona no podía ser condenada al mismo tiempo por una tentativa de asesinato y por un asesinato consumado.

Esta idea se sustentaba en una teoría que respetaba el poder de absorción de los tipos penales aplicados en cada caso, y que uno de los mismos era contenido por el otro debido a la existencia de claros elementos comunes a ambos.

Mas adelante esta doctrina fue dejada prácticamente fuera de uso (tan solo se mantiene para la tentativa)⁷, en relación con la creación del delito de conspiración. Los EEUU han dado entonces un paso hacia delante eliminando la tradicional reticencia a seguir múltiples persecuciones, y a imponer varias sanciones por una misma acción. Debido a ello un criminal puede ser condenado por conspiración en el asesinato y por el propio asesinato⁸.

La figura de la conspiración ha venido a agravar tal intromisión sancionatoria en medio de las garantías constitucionales. Se exige tan solo un delito iniciado (cometido en el tiempo antes de la fase de tentativa) por si mismo punible, y para sancionarlo se ha de combinar con propósitos ilegales. La ley sobre crimen organizado se centra en una fase absolutamente temprana en el desarrollo del delito o del potencial delito (por ejemplo en un estadio pronto de preparación), que constituye un delito común tradicional; incluso antes de la fase de la tentativa. La conspiración no se une al delito sustantivo, y de esta manera los conspiradores pueden ser condenados por la conspiración y por el delito principal. En nuestro ejemplo el homicida, además de condenado por asesinato consumado, sería condenado por conspiración en el asesinato.

⁷ Ver en Dorean Koenig; "Informe Nacional de los EEUU, The Criminal Justice System Facing the Challenge of Organised Crime"; International Review of Penal Law; 1998.

⁸ El mismo informe señala la decisión clásica al respecto, por parte de la Corte Suprema de los EEUU en *Pirkenton vs. US*; 328 US. 640 (1946)



Mas grave aún han sido las consecuencias sobre la responsabilidad criminal bajo la Racketeering Influenced & Corrupt Organizations Act (RICO), norma que permite crear nuevos delitos de tipo "compuesto", basados en los "delitos previos" cometidos. Incluso si el acusado previamente ha sido condenado y se le ha impuesto la pena por el delito previo, puede ser condenado por un delito de los previstos en la RICO "racketeering", basado en el acto previo.

RICO va más allá de la ley sobre conspiración y crea nuevos delitos, propone nuevas sanciones penales y establece causas, incluso habilitantes para el ejercicio de acciones civiles, basadas en los delitos previos.

Ha sido indudablemente una de las leyes mas controvertidas sancionadas por los EEUU con el objeto de erradicar el crimen organizado⁸. Lo cierto es que avanzó tras una decisión política sobre un problema definido como grave, estableciendo nuevas prohibiciones penales, de las del tipo quizás que renegamos los abogados respetuosos de las garantías procesales y constitucionales del individuo. Pero al mismo tiempo fortaleciendo ciertas herramientas legales del proceso de investigación y obtención de pruebas, con una firme convicción del alcanzar un objetivo determinado.

Deben acreditarse cinco puntos para la existencia de una violación de RICO:

- Debe encontrarse involucrada una empresa
- Deben existir dos o más actos previos constitutivos de una actividad criminal organizada (racketeering) en los diez años anteriores.
- Se debe manifestar un modelo de esa actividad
- Debe existir un efecto en el comercio interestatal (o alternativamente internacional).
- Se debe cometer un acto prohibido.

Exige al gobierno que pruebe tanto la existencia de una empresa como su conexión con la actividad criminal organizada.

RICO enumera cierto tipo de delitos previos o actos que deben ser probados por el fiscal como actividad organizada (racketeering activity).

⁸ Ver comentario en Dorean Koenig; Op. Cit.



Incluye tanto delitos federales como estatales sintomáticos de tal actividad, desde el asesinato, la extorsión, el soborno, falsificación de moneda, juego clandestino, prostitución y el tráfico y elaboración de estupefacientes⁹.

La sección 1962 prohíbe con gran detalle las actividades financieras que incluyen: el uso o la inversión de dinero o productos del dinero derivado de un "modelo de actividad criminal organizada" para adquirir o establecer cualquier empresa involucrada o que afecte al comercio interestatal.

Para RICO el concepto de empresa está conformado por un agrupamiento de individuos asociados de hecho, o cualquier persona en su individualidad. Puede ser cualquier corporación, asociación individual o colectiva, o cualquier otra entidad legal, y cualquier unión o grupo de individuos asociados de hecho mediante una entidad no legal.

La definición de empresa, ya de por sí liberal, es interpretada "liberalmente" como unidad promotora y ejecutora de determinados propósitos. La interpretación extensa plantea algunos problemas de vaguedad y excesiva amplitud, tanto como dudas al momento de investigar el propósito delictivo de la misma. Y aunque los circuitos federales se encuentran divididos con respecto a la naturaleza exacta, y al ámbito del "requisito de la empresa", parece que existiera real acuerdo en que para RICO tal empresa que viola el precepto legal, debe tener una "estructura" comprobada diferente de la inherente a un modelo de actividad criminal organizada: Esto es que no se requiere que la estructura empresaria esté directamente involucrada con la comisión del delito base o antecedente.

Otro signo inequívoco de la gran amplitud de criterio interpretativo que presenta RICO, es el punto de medida que utiliza para evaluar y determinar que se entiende por estructura empresarial, en especial cuando se la quiere distinguir de una mera conspiración para el crimen.

Para ello RICO no requiere mucho: Puede tratarse de una "estructura en desarrollo" de personas asociadas por el tiempo, unidas con un propósito y organizadas de una manera sumisa a la toma de decisión jerárquica o consensual.

Lo realmente destacable bajo el designio de RICO, y en lo que a mi juicio representa un importante avance del modelo investigativo americano, es que la responsabilidad frente al delito, no está limitada a todos aquellos que ostenten una posición formal en la empresa, o a las personal informadas, o a los altos directivos

⁹ Ver en "International Review of Penal Law"; The Criminal Justice System Facing the Challenge of Organised Crime; Preparatory Colloquium; Alexandrie; 1997



de la misma; sino que amplía la misma a personas ajenas a la empresa que puedan ejercer un control suficiente sobre los negocios de aquella mediante medios ilegales que pueda ser subsumible en la norma.

Tal parece entonces que la estructura legal de RICO es ciertamente amplia, sin dejar de lado tanto empresas de carácter legítimo como ilegítimo, tampoco obviando los modelos de composición estructural de las mismas y el detalle de la legitimación activa tanto del estado, particularmente afectado como protector del bienestar general; y a su vez la posibilidad de la acción civil.

Obsérvese que existe un significativo número de acciones civiles entabladas, las cuales nuestra literatura de referencia hace permanente mención¹⁰, las que a su vez en virtud de la misma no requieren una sentencia penal en relación con el delito previo que sirva de base.

Tal parece que la búsqueda de una solución al problema delictivo del lavado encuentra el escollo de las tendencias hacia el autoritarismo del poder represivo del estado.

Es conveniente en este punto preguntarse entonces si un enfoque excesivamente agresivo puede ayudar concretamente a resolver un tipo de problema delictual, por cierto una vez asumido que el problema lo tenemos enraizado en nuestro medio.

El enfoque internacional sobre lavado, se basa en la tendencia probada con respecto a la efectividad de la criminalización del lavado para el caso del tráfico ilícito de drogas. Por lo tanto tomada debida cuenta de tal efectividad, no existirían razones que limitaran la aplicación de las reglas penales a otro tipo de crímenes. En este aspecto nada aún nos inclina a pensar que de las numerosas convenciones en las que el país ha participado, y las recomendaciones internacionales en materia de represión y prevención sancionadas, y aceptadas por la República Argentina, haya habido un orden de preeminencia o calificación del tipo de delito que serviría como principal antecedente del lavado. Así como ningún argumento convencional convincente puede contradecir la aplicación de medidas penales contra el lavado de dinero, cuando el delito base o antecedente es cometido exclusivamente dentro de los límites jurisdiccionales de la nación.

¹⁰ La International Review of Penal Law suministra a modo ilustrativo una serie de fallos respecto de tal legislación RICO: US vs. Roger (donde la Corte Federal expresa que "sería absurdo exigir la prueba de que una empresa tiene propósitos u objetivos separados y distintos del modelo de la actividad criminal organizada"); Burdett vs. Miller; Richmond vs. Nationwide Cassel; Chang vs. Chen; Planned Parenthood vs. American Coalition of Life Activists.



La propia Convención de Viena, de hecho determina la necesidad de la criminalización nacional aún en los casos de que el delito antecedente es cometido dentro de los mismos límites nacionales (Art. 5 (2) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas).

Claro está que la adopción de medidas penales de mayor intensidad erosiona los valores constitucionales, como consecuencia quizás indeseada de una reacción excesiva frente a la amenaza del crimen. La erosión de las garantías constitucionales presenta un problema en el largo plazo que, ya históricamente conocido, pone en duda la eficacia sobre el terreno de aplicación, y al mismo tiempo crea condiciones favorables para el establecimiento de autoritarismos.

La percepción generalizada creada por los medios masivos de comunicación, de que la sociedad se encuentra frente a un enorme enemigo, junto a cierta aquiescencia legislativa y judicial, puede motivar la arrogación de poderes por parte del ejecutivo, siempre en desmedro del alcance y valor del principio de legalidad.

Por otro lado la intromisión de políticos que en búsqueda de popularidad y representación, recurren al apelativo de la ineficiencia investigativa judicial, con expresiones recurrentes que más tienen que ver con la vindicta popular que con la búsqueda de justicia.

Es menester entonces conocer los riesgos de la excesiva penalización, y demarcar claramente los parámetros hasta donde una nación se permite avanzar en términos represivos, poniendo a salvo los principios del estado de derecho.

En este punto, la historia de los EEUU se ha desenvuelto con muchísima mas individualidad e independencia, priorizando claro está sus propios intereses como nación por sobre encima de todo lo demás, hasta extremos ciertamente criticables en materia garantista.

RICO puede ser un formidable ejemplo de cómo los países han impulsado sus legislaciones penales, en tanto y en cuanto protegen un determinado bien jurídico predefinido como válido para realizar el sacrificio, y la practicidad pudo mas que las consecuencias que algunos pueden vaticinar, pero siempre en el ámbito de lo hipotético¹¹.

¹¹ Otro claro ejemplo lo cita Daniel Richman en "Bargaining About Future Jeopardy"; 49 Vand. L. Rev. 1181-1187; (1996) en cuanto analiza la decisión del Tribunal Supremo de los EEUU, denominada Blockburger Test, que dispone que el principio ne bis in idem, de la 5ª Enmienda, no protege a los acusados de una persecución posterior en la medida en que "un delito contenga un elemento no contenido en el otro". En 1993 el Tribunal Supremo de los EEUU reiteró este test y lo conservó religiosamente



El riesgo que implica la amplitud de la medida, esto es el destripamiento de ciertas garantías civiles en nombre del combate contra determinadas formas de criminalidad, debe ser reflejado por el debate del bien jurídico que una nación como la nuestra pretende proteger.

La reacción de naciones como los EEUU ha sido clara en cuanto se trata del combate contra el crimen organizado primero, el narcotráfico luego, y hoy seguramente en la lucha contra el terrorismo internacional y sus fuentes de financiamiento.

EL PROBLEMA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No ha habido un completo acuerdo en torno al tema del bien jurídico protegido por la legislación contra el lavado de dinero.

El legislador argentino ha entendido que el lavado de dinero afecta centralmente la "administración de justicia", entendiéndolo como una modalidad delictiva vinculada al encubrimiento. Hay quienes, sin embargo pretenden que es la "seguridad interior del Estado" la que se encuentra en riesgo por las acciones de lavado de dinero y que, por lo tanto, la legislación criminal es la estrategia utilizada por éste para asegurar su propia subsistencia y aún la de otros Estados¹².

El fundamento de esta línea argumental de Blanco Cordero se encuentra en la estrecha conexión que existe entre la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales. La criminalidad organizada aparece como una modalidad delictiva altamente nociva para la subsistencia de la república misma en virtud de su incidencia en la corrupción política.

Otras posiciones dogmáticas creen que el blanqueo de capitales carece de un interés jurídicamente protegido autónomo y que, en su lugar, el bien jurídico protegido es aquel del delito previo que da origen a los bienes del lavado. Así se sancionaría el perjuicio que representa la introducción a la economía del producto del delito anterior y se prevendrían a futuro aquellos delitos, al desincentivar su comisión, obstruyendo la utilización de los bienes obtenidos.

como el método analítico exclusivo para determinar la validez de las persecuciones sucesivas, en cuanto permite contraatacar al crimen organizado complejo.

¹² Ver en Blanco Cordero Isidoro; "El Delito de Blanqueo de Capitales"; Aranzadi; Pamplona; 1997; Pág. 164.



Más elaborada parece la ulterior posición del propio Blanco Cordero, que entiende que más allá de las particularidades de cada legislación, el bien jurídico protegido por las normas que sancionan el lavado de dinero es el mantenimiento de ciertas condiciones fundamentales del sistema económico de mercado.

Tal como entendemos el sistema económico¹³ de mercado actual, el mismo se sustenta en cierto libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios, que en determinadas condiciones tienden al equilibrio. El blanqueo de capitales quebranta estas condiciones de equilibrio atacando indistintamente la garantía de libre competencia, como la confiabilidad del sistema financiero.

El concepto de libre competencia se fundamenta en la confianza en que el competidor cumple de igual modo las normas que impone el mercado respecto de la oferta de bienes. Aquellos entonces que obtienen recursos ilegales intervienen en el juego económico con enormes ventajas sobre los demás agentes de una economía, por la simple razón de que los costos de sus recursos son significativamente inferiores en comparación con los que han sido obtenidos legalmente. El empresario legal, o digamos el respetuoso de las normas de mercado de competencia, debe pagar por el dinero que utiliza dentro del ciclo productivo, un costo que no pagan aquellos que reciben dinero ilimitado de actividades ilegales.

El dinero lavado, una vez superadas las etapas de colocación y decantación de fondos, se integra y comienza a circular y competir dentro de la economía real sin costo de obtención.

A partir de este esquema, y mediante la inversión de grandes sumas de dinero, las agrupaciones delictivas se encuentran en condiciones de “absorber” competitivamente las actividades económicas legales actuando en distintos segmentos del mercado con beneficios inmejorables.

La razón se asocia a los costos diferenciales de obtención del dinero sucio.

Cualquier sector de la economía productiva puede sufrir el riesgo de la infiltración de estos capitales, aunque no todos potencialmente poseen la misma vulnerabilidad.

¹³ Entendemos por un “sistema económico” al conjunto o combinación de estructuras vinculadas por relaciones estables, que caracterizan la organización económica de una sociedad en un momento determinado. Ver en Pérez Enri Daniel; “Economía, en el Pensamiento, la Realidad y la Acción”; Ediciones Macchi; Buenos Aires; 200; págs. 23y sigs.



Parece un común denominador la sospecha de que ciertos sectores de la economía son altamente preferidos a otros. Este fenómeno puede explicarse generalmente por razones de política económica oficial.

La delincuencia procura su penetración en el mercado reconociendo oportunidades, las que muchas veces son garantizadas cuando el Estado prescinde de su rol protagonista. Los beneficios económicos que genera el delito pueden de esta manera penetrar en negocios legítimos, destrozando la ecuación de la libre competencia comercial, escondiendo ganancias ilícitas, distorsionando y erosionando la oferta de bienes y servicios, multiplicando la corrupción administrativa, lo que como bien describe Blanco Cordero amenaza la estabilidad y la seguridad de las economías de los Estados.

Pérez Lamela¹⁴ enumera un conjunto de consecuencias de producción multiplicadora cuando se permite el ingreso de capitales, en forma de inversión dentro de la economía de un país. Todo el proceso, para el autor influirá en las variables macroeconómicas.

En el corto plazo:

- a) Los mercados que reciban esos flujos de dinero sufrirán, sobre todo si son de naturaleza temporaria, efectos de desestabilización económico-financiera.
- b) La integración de los mercados implica que las dificultades financieras de uno se trasladen rápidamente al resto.

El lavado de dinero no sólo puede amenazar la transparencia y solidez de los mercados financieros, elementos clave en el funcionamiento de las economías, sino que puede socavar la confianza que los mercados son capaces de generar en los agentes que desean participar en ellos. Un mercado contaminado por dinero sucio, permite la corrupción, el deterioro de los términos comerciales, los privilegios, el lucro violento.

En el largo plazo:

Los efectos negativos del proceso predominan sobre la totalidad de las variables en juego y exponen al Estado a grandes peligros.

¹⁴ Pérez Lamela Héctor y Reartes Roberto O; “Lavado de Dinero: Un Enfoque Operativo”; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 2000, Págs. 15 y sigs.



a) Las organizaciones criminales invierten de acuerdo con su importante nivel de cash flow, desplazando a las estructuras tradicionales de producción. Consecuentemente se pierden las capacidades productivas de bienes y servicios aumentando la dependencia de las importaciones del país, con efectos negativos para la balanza comercial y de pagos.

b) Las facilidades de lavado de dinero que otorgue un país atraen a las organizaciones delictivas cuyo objetivo es administrar capitales ilegales sin riesgo. El dinero de origen ilícito convierte, cada vez más, en ineficientes las alternativas económicas e induce a dichas organizaciones a ganar e invertir en forma más fácil. Las consecuencias son la exploración de nuevos campos de actuación generando la volatilidad de los fondos mediante la legalización y la transferencia.

c) En los países dependientes de capitales de las economías fantasmas, la consecuencia será, a mediano o largo plazo, la negativa deformación de su estructura macroeconómica.

d) De estabilizarse o estancarse el flujo de dinero ilegal, no existe forma de compensar las inversiones que se retiran del mercado, por tanto, las consecuencias económicas, y por ende las sociales, serán considerablemente negativas.

e) La presencia de organizaciones delictivas desalienta los planes de los inversores que pretenden incorporar capitales legales en cualquier sector de la economía. Si el dinero que se blanquea proviene del narcotráfico, el consumo de drogas aumenta; si proviene de la corrupción, se corrompen los sectores en que actúa. Por consecuencia, cuanto mayor es la incorporación de capitales ilegales mayor es el estado de corrupción de la política, de la economía, de las instituciones administrativas, y mayor será el estado de "infiltración" de la sociedad.

Por otro lado, en cuanto al subsistema de las instituciones crediticias, las mismas dependen de su legitimidad social para el desarrollo de sus actividades de expansión y captación de valores. Esta legitimidad social se manifiesta a través de acciones informales, actitudes como la confianza del público en el buen nombre y prestigio de la institución en la plaza financiera (muchas veces denominado valor intangible de la institución), y que permite no solo autorizaciones oficiales en torno a operaciones financieras, sino el necesario flujo de recursos para seguir desarrollando sus actividades.

De este modo, si las instituciones financieras aparecen vinculadas a actividades ilegales que ponen en riesgo el sistema económico, y por lo tanto contrarias al bien común, un complejo proceso de deslegitimación y pérdida de confianza puede dar



lugar a que inversores decidan correrse de esa institución, dando lugar, por supuesto a su caída como operador. De extenderse tal proceso hacia otros agentes financieros, el problema de la crisis de legitimidad e inestabilidad del sistema puede poner en riesgo todo el esquema bancario.

La legislación argentina en materia de lavado de dinero, ha incorporado el tipo penal del blanqueo de capitales en el Título XI del Código Penal, en el capítulo de Delitos contra la Administración de Justicia, como una modalidad agravada de encubrimiento.

Bajo este criterio, se dice que el encubrimiento incide negativamente sobre un sector de la administración pública: La administración de Justicia, entendiendo ésta como la decisión con fuerza legal de controversias entre las partes, hecha por un órgano imparcial e independiente.

Tal idea debiera seguir un curso secundario de atención, frente al planteo que hemos realizado del bien jurídico de naturaleza económica, ya que de ser positiva la incidencia sobre la Administración de Justicia solo deberíamos hablar de la primera, y quizás hasta la segunda etapa del proceso de lavado, convirtiendo la defensa del bien jurídico en una acción tan solo parcial¹⁵.

La tercera fase del proceso de lavado de dinero, determina a mi juicio el verdadero objeto de protección primario de la normativa desarrollada. Si bien se puede admitir que existe una afectación de la administración de justicia durante las dos primeras etapas del delito. La estrategia de lucha contra el lavado de dinero durante las dos primeras fases, y que lesionan tal administración de justicia, existe ya lo suficientemente articulada, faltando a lo sumo una mayor determinación en cuanto a las vías operativas de la investigación. Mientras que la tercera etapa, que supone la definitiva reintroducción de los activos en el circuito legal bajo la apariencia de una actividad normal, produce la confusión y la agresión al medio lícito de generación de riqueza dentro de una economía, estadio aún peligrosamente desprotegido.

El delito económico, así como la criminalidad de cuello blanco que, como enfoque criminalístico suele explicarlo con absoluta vehemencia, tiene claramente puntos de

¹⁵ La determinación de las clásicas tres fases del delito pueden observarse en cualquier tipo de bibliografía respecto del tema, las que generalmente designan de modo distinto las mismas. No obstante para una mejor propiedad en la terminología empleada, tomamos la distinción de fases que realiza el GAFI. Estas son: a) Etapa de introducción, b) Etapa de transformación, c) Etapa de integración, sobre la que hacemos especial mención en el punto desarrollado.



contacto como productos sociales. Como vestigios del estado de crisis de una sociedad en un determinado momento histórico.

La conducta constitutiva del delito económico (tal cual representa el lavado de dinero) está condicionada por la estructura socioeconómica de un determinado momento en el tiempo de una nación, y retorna influyendo nuevamente sobre la misma estructura socioeconómica alterando el orden económico vigente.

Los grados de intervención de un Estado sobre la economía, puede ser tema de ardorosas discusiones políticas. Lo que no debe discutirse es la concurrencia del Estado en protección de las actividades productivas afectadas por el delito, expuestas al riesgo de extinción debido al escaso desarrollo de nuestro comercio¹⁶.

El delito económico entonces se convierte en un comportamiento definido como disvalioso para una economía. Que se comete abusando de la confianza que al individuo le ha sido socialmente depositada, y que por encima de todo afecta primero un interés individual (el bien jurídico patrimonial particular), pero a su vez pone en peligro el orden económico de una nación (bien jurídico supraindividual).

El Derecho Penal entendido esto, debe comprenderse como el derecho coercitivo del sistema social, que protege relaciones sociales concretas entre los particulares y entre los particulares y el propio Estado. Pero llamémoslo de la forma que deseemos, lo cierto es que deberíamos coincidir en el hecho de legitimar el Derecho Penal de tipo económico, con la firme convicción de que defendemos el orden público socioeconómico y por ende las relaciones socioeconómicas que dentro de del mismo se suceden.

Desde ya que nuestro país ha sido afectado siempre con políticas económicas de muy disímil origen ideológico. Quizás debido a ello resulte difícil definir un orden económico en abstracto y perenne en el tiempo, sino más bien en relación a una determinada estructura social y política con racionalidad propia para cada ocasión. De allí que tampoco se pueda hablar de este particular delito económico como una categoría atemporal, sino solo en relación a una clase de poder concreta, que lo define en un momento histórico determinado.

Tenemos entonces en claro dos cosas: Categoría de afectación socioeconómica y categoría en relación a un tiempo histórico determinado.

Puede entonces que llegue el día en que el delito económico no sea tal, o que dentro del universo del mismo, nuestro delito de lavado de dinero pase al olvido

¹⁶ Ver comentarios en Zulita Fellini; “Temas de Derecho Penal Económico”; T1; Grum Editora; Buenos Aires; 2004; Págs. 45 y sigs.



histórico pues los tiempos han determinado que es ciertamente ventajoso para una nación el ingreso de capitales inversores que permitan la restauración de nuestra economía, y esta sea la filosofía compartida por todos. ¿Qué tan cerca estamos de esta posición?

Para muchos la meta del Estado debe ser niveladora, reductora de las asimetrías que plantea la lucha de los distintos actores en el proceso económico. Tal lucha, en determinados momentos puede tornarse violenta y despiadada. Constituye de esta forma un obstáculo que no puede de ningún modo encontrar un Estado desarmado para controlarla. La demanda ante la distorsión que puede plantearse, requiere de decisión y el pragmatismo del que pudieron hacerse algunas naciones, cuando definen sus intereses nacionales.

Coincidimos con las afirmaciones de autores como Bustos Ramirez¹⁷ en cuanto a que "en la protección de una relación macrosocial, en este caso el libre mercado, se está protegiendo también las condiciones para que pueda desarrollarse una relación microsocia que, como se ha dicho, es el patrimonio del consumidor". "Con la intervención penal como un delito de peligro, (se refiere al art. 540 del Código Penal Español), se trata de evitar que se profundice la falta de libertad plena, la injusticia y la desigualdad constatada por el legislador constitucional. Luego el orden socioeconómico constitucional es algo más que la simple constatación de la existencia de unas leyes naturales de carácter económico. El orden socioeconómico conlleva intervención estatal dentro de la relación social para impedir las disfunciones que la injerencia de poderes distintos al del Estado pudiera producir".

LA CUESTION DEL PROCESO INVESTIGATIVO EN EL LAVADO

¿Qué tiene en común ciertas noticias que atendemos en los medios de comunicación diariamente?

Quizás su absoluta falta de explicación sino dentro de un mundo de fantasías e ilusiones de prestidigitación...

¹⁷ Ver en Hernan Hormazabal Malarè; "Los delitos Socioeconómicos, el Bien Jurídico, el Autor, su Hecho y la Necesaria reforma del Sistema Penal Español" "Aproximación a los Delitos contra el Orden Socioeconómico". Malarè hace referencia a lo consignado por Bustos Ramirez en su obra "Manual de Derecho Penal, Parte Especial", donde contempla un capítulo expresamente dedicado a los delitos socioeconómicos.



No es sino dentro de ese mundo de fantasías, donde se realizan las historias del chico humilde del barrio pobre, que creyó en el futuro, se esforzó por alcanzarlo, y de la noche a la mañana se convirtió en astro del deporte, por el que algún club endeudado paga cifras siderales para contratarlo. La del empleado bancario que pasó a dominar el mundo de las finanzas internacionales porque observó su funcionamiento. El excéntrico emprendedor inmobiliario, dueño de un emporio valuado en doscientos millones de dólares. El joven esposo de la bella modelo que "diversifica" sus negocios y anuncia sus recientes asociaciones con banqueros italianos, al tiempo que crea un holding que supera en venta los cincuenta millones de dólares.

Todos los casos, y tantos otros, poseen ese rasgo común de fantasía, que a menos que creyésemos que nuestra vida como nación transcurre a semejanza de la del mundo desarrollado, no podemos dejar de sospechar.

La sospecha tiene que ver con un sentimiento, un estado de duda o incertidumbre, desde ya muy inestable, que puede transformarse en certeza, como también en tolerancia una vez apaciguada su intensidad.

Por efecto del simple transcurso del tiempo o la sustracción hacia otro tema de actualidad, el problema tiende a desaparecer de la conciencia popular, aunque como hemos dicho, sus efectos perduran a lo largo del tiempo y ante la inacción del Estado afectarían en última instancia nuestro posicionamiento económico como nación primero, y posteriormente y como consecuencia de ello, nuestro patrimonio individual. Una de las razones que pueden explicar este fenómeno tiene que ver con la dificultad de la sociedad por identificar en determinadas situaciones que se está cometiendo un delito que afectará de una u otra manera su estilo de vida.

Una segunda razón indudablemente es la ausencia de vocación del Estado para impulsar convincentemente la investigación de ciertos movimientos de dinero o enriquecimientos desmedidos que indiquen la oportunidad de la comisión de un delito.

Una tercera razón tiene que ver con el conflicto que plantea la existencia de determinados principios rectores del proceso penal, frente a la necesidad de investigar de forma no convencional la realización del proceso de lavado.

La preocupación por el problema hace que la investigación sea absolutamente necesaria, pero también muy difícil de concebir dentro de los esquemas de protección de garantías individuales que marca la Constitución Nacional, todo esto



teniendo como cierto la enorme dificultad que plantea realizar sobre los delincuentes un proceso investigativo encuadrado dentro de tales garantías.

El conflicto es tanto más agudo cuanto que tenemos la sensación de que el delito parece extenderse, mientras que, por su lado el estado de derecho y el respeto por nuestras garantías personales y derechos humanos parece adquirir una fuerte consolidación legal, en la medida que se fortalece la democracia.

Caben entonces una variedad de actitudes por asumir. Desde la más liberal de todas, que consiste en ignorar el supuesto delito de lavado que en apariencia se comete ante nuestros ojos, y tratar al supuesto autor como un simple delincuente común y procesarlo, de ser posible junto al que comete el delito antecedente por complicidad en el favorecimiento o la receptación. O por el contrario enfrentar la cuestión desde un óptica mas extrema, con el solo objetivo de castigar, desarrollando institutos como la presunción de culpabilidad, la inversión de la carga de la prueba para el sospechoso, o lo que es aún mas controvertido, la técnica del provocador o agente encubierto utilizada en los EEUU donde un investigador actúa tendiendo una red de "entrapment" ante el sujeto supuestamente implicado en un delito.

Ambas actitudes pueden ser peligrosas: La primera por inocente e irresponsable, en tanto la segunda por violatoria de principios elementales del Derecho Procesal Penal¹⁸.

La cuestión relativa a la carga de la prueba, encuentra el primer elemento condicionante en la exigencia de la equidad en el debido proceso. Como consecuencia inmediata que todos conocemos, resulta la posibilidad que el acusado no esté obligado a probar nada y que, en especial, pueda guardar silencio durante el desarrollo de todo el proceso.

Este principio de presunción de inocencia está reconocido por muchos textos internacionales, además de encontrarse plasmado en la mayoría de las constituciones de los estados liberales del mundo.

¹⁸ Zaffaroni explica su Teoría del Organised Crime como una conspiración que cumplió una doble funcionalidad en la época de su consagración: a) Por un lado su consagración política en plena guerra fría sirvió para parangonar el organised crime con los estados o regímenes autoritarios; b) por otro, para atribuir la conspiración anti-nacional a grupos étnicos foráneos y con conexiones foráneas, o sea, para poner el mal en una conspiración extranjera. Si bien la primera funcionalidad desapareció con la circunstancia que le dio lugar, la segunda se mantiene hasta la actualidad, con algunas variantes en cuanto a los grupos étnicos involucrados. Ver en Zaffaroni Eugenio Raul, "El Crimen Organizado; Una Categoría Frustrada"; Cuadernos del departamento de Derecho Penal y Criminología; Pág.260 y sigs.



Salvo contadas excepciones donde sí, la carga probatoria se traslada al defensor (por ejemplo la prueba de la locura). En general esto obedece a que en ciertos aspectos prácticos, la prueba es mas fácil producir por parte de la defensa que por la acusación, o bien ante cuestiones de escasa importancia, puede la prueba ser tratada con mayor precisión por la defensa, sin que ello resulte un perjuicio desfavorable, o un daño importante contra tal principio.

Por ello, y en virtud de la presunción de inocencia, le corresponde a la acusación demostrar la culpabilidad del acusado de modo convincente. "Beyond reasonable doubt", se dice en el Common Law; o "Con arreglo al standard de la íntima convicción", para el sistema Romano-germánico.

Es de alguna manera la máxima exigencia de equidad que establecen ambos sistemas judiciales, a través de las cláusulas del debido proceso.

Claro que en materia de conductas delictivas nocivas para la sociedad, la conclusión aún no se ha dicho, y la gravedad de las mismas puede dar lugar a propuestas legislativas ciertamente encontradas con estos principios que resaltamos. Parece entonces muy clara la necesidad de nuevas convenciones sociales para definir que bienes jurídicos debiera proteger nuestro Derecho Penal. Esto dispara el debate de que tipo de Derecho Penal estamos necesitando y que tipo de delito no vamos a tolerar. Así lo parece reconocer el propio funcionalismo en palabras de Jakobs: "...a fin de determinar la culpabilidad ha de establecerse cuantas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad y cuantas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad, o han de soportar terceros, incluso la víctima...", lo que en otras palabras nos está diciendo de que la culpabilidad no depende solo de la voluntad del autor, sino cada día mas de lo que la sociedad define como límite de tolerancia frente al delito.

Los ejemplos abundan, posiblemente discutibles y quizás motivo de desacuerdos intelectuales de fuerte tenor principista. Lo que entiendo necesario es producir el debate sobre las alternativas de solución a implementar, con el propósito de salvar las instituciones que hasta hoy están tan solo formalmente involucradas. Pero con el claro objeto de atender nuestras propias exigencias como nación por sobre las convenciones muchas veces admitidas por necesidad o conveniencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos toleró, en un asunto de terrorismo norirlandés que, frente a cargos aplastantes, el juez puede tener en cuenta el silencio del acusado a lo largo del proceso. Esta posición viene a considerar el



silencio del mismo como una confesión implícita de culpabilidad, una verdadera presunción de culpabilidad. Sin embargo precisó a su vez que el juez no debería "fundar la condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del procesado o en su negativa a responder preguntas"¹⁹.

Tratándose de la admisión de presunciones, ciertas legislaciones como la de Alemania en materia de criminalidad organizada realizó un conjunto de precisiones destacables por la importancia que le diera la nación a un tema que efectivamente afectaba intereses nacionales en conjunto. En cuanto al delito de asociación ilícita, creado en 1951, el Código Penal Alemán permite castigar a un individuo sin necesidad de probar la existencia de una determinada infracción, basando la represión únicamente en la presunción de peligrosidad; pero no habría dentro de este esquema presunción de culpabilidad, ya que para el caso habría que aportar pruebas concretas de que los miembros de la asociación han querido sumarse a ella.

Con idéntica plasticidad interpretativa el delito de blanqueo de capitales introducido en 1992 por el mismo código, se entiende realizado por el mero hecho de la falta de diligencia en verificar el origen de los fondos, y no habría que ver aquí un atentado contra la presunción de inocencia, puesto que la falta de diligencia, al igual que el dolo, es una forma de culpabilidad.

En Austria, una ley de 1996 ha introducido la nueva sanción de confiscación, en particular en el caso de las personas declaradas culpables de pertenencia a una asociación criminal cuando parece que en la época de la comisión de los crímenes (o de su adhesión) ganó sumas de dinero presuntamente provenientes de actos criminales; esta sanción se aplica con independencia de que se pruebe una responsabilidad personal en la realización de las infracciones cometidas por el grupo.

El Bélgica en el año 1997 se aprobó un proyecto de ley por el cual se crea el delito de organización criminal, que consiste en una organización compuesta por mas de dos personas con el fin de cometer de manera concertada y estructurada ciertas infracciones graves (Art. 342 del Código Penal), Según la misma el detenido tendrá que demostrar que no estaba al corriente del carácter criminal de la agrupación a la que pertenecía.

Brasil para el tiempo que se elaboraba el informe a que hacemos referencia, estudiaba un proyecto de ley contra el lavado de dinero, donde se revertía la carga

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 8 de Febrero de 1996, asunto John Murray vs. Reino Unido.



de la prueba en lo concerniente al comiso e incautación. Y mientras que para la aprehensión por parte del Estado de esas, la fiscalía deberá probar la existencia de “indicios vehementes”, el acusado – para oponerse-, deberá probar la licitud de su origen, lo que deja suponer que la carga será más pesada para la defensa que para la acusación²⁰.

La búsqueda de la prueba plantea una serie de cuestiones en cuanto a la legitimación de los órganos encargados de la búsqueda, los lugares donde se puede habilitar una búsqueda, y las técnicas que se implementen para conseguir las. Por lejos este último representa el problema más difícil de dilucidar, en cuanto debemos descartar todo procedimiento que atente contra la dignidad, e integridad del individuo sospechoso de participar en un delito. El límite sigue siendo el principio de inocencia y el cuerpo de garantías procesales contenidas en nuestra Constitución.

Ciertas técnicas de investigación y obtención de pruebas pueden resultar invasivas del derecho a la intimidad, y el derecho a la protección de datos personales, como así también otras, orientadas a la obligación profesional de informar operaciones calificadas como sospechosas, pueden atentar contra ciertas pautas de mantenimiento del secreto profesional de personas como escribanos, contadores o abogados.

El secreto profesional para el caso de los abogados también está previsto en el Código Penal (Art. 156), y a su vez considerado: a) Un deber moral y obligación legal de observancia rigurosa para el abogado, quien no debe revelar un hecho que su cliente le confiere con motivo del ejercicio de la profesión; b) Un derecho humano fundamental y esencial para el derecho de defensa, que protege la intimidad, tal como lo recomienda el VII Congreso de la UIBA de Rio de Janeiro de 1986; c) Reconocido por autoridades judiciales, administrativas, fiscales y aduaneras, y es responsabilidad de los Colegios de Abogados velar por su estricta observancia y el cumplimiento de las normas que imponen la consideración debida a su ministerio (Art. 57, ley 5177 Bs. As; y Art. 5, ley 23.187 Cap. Fed)²¹.

El artículo 20 de la ley 25.246 establece el deber de informar y los sujetos obligados, en una larga enumeración contenida en 18 incisos. Indicando al final que “no serán aplicables ni podrán ser invocados por los sujetos obligados a informar por la presente ley, las disposiciones legales del secreto bancario, fiscal o

²⁰ Los ejemplos fueron extraídos de la International Review of Penal Law; Vol 69, Preparatory Colloquium, Guadalajara; 1997, Topic III, Procedural Part.

²¹ Azerrad Marcos; Florio Guillermo; Azerrad Marta; “El Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad”; Ediciones Jurídicas Cuyo; Pág. 132



profesional, ni los compromisos de confidencialidad establecidos por ley o por contrato cuando el requerimiento de información sea formulado por el juez competente”.

El artículo 21 inc. b) por su parte obliga a “informar cualquier hecho u operación sospechosa, independientemente del monto de la misma, considerando tales aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, así como también de la experiencia e idoneidad de las personas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada”. Mientras que el inc. c) adiciona una posterior y grave obligación de “abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley”²².

CONCLUSIONES

Lo que nos deja de experiencia la lectura del tema del lavado de dinero, considerado este como una subcategoría del crimen organizado, es la comprensión del mismo como un fenómeno evidentemente internacional, que involucra al mismo tiempo, al menos dos territorios geográficos distintos, aunque tiene como marco de referencia el desarrollo global de los negocios.

Como ya hemos dicho la regulación jurídica de los países que han producido leyes penales para combatirlo, proviene de convenciones internacionales, que se elaboran como parte de la actividad de organismos internacionales, en los que cada nación tiene representación política o diplomática.

Lo que tales organismos internacionales proponen, aparentemente solo resulta plausible y aplicable dentro de su marco adecuado, o sea la realidad geográfica, jurídica y social de cada Estado si se quiere evitar la mera adaptación de normas

²² Existen ciertas normas en estudio en el Congreso de la Nación, modificatorias de la ley 25.246, alguna de las cuales (Proyecto de ley 2343-D-04) de sancionarse provocarían un grave daño al secreto profesional de los abogados. Por ejemplo el artículo 17 del referido proyecto dispone agregar un inciso al Art. 20 de la ley que incluye el deber de informar a abogados respecto del manejo de dinero, valores negociables, compraventa de bienes raíces u otros activos, manejo de cuentas bancarias, organizaciones de aportes, creación y administración de personas jurídicas o compraventa de entidades comerciales. Otros textos incluso eliminan la necesidad de requerir autorización judicial por parte de la UIF para acceder a la información, cuando se invocan disposiciones como el secreto profesional.



como parte de un proceso de "obediencia debida" frente a tales organismos internacionales.

Sostengo que el lavado de bienes provenientes de la comisión de delitos debe ser objeto de nuestra permanente atención, pero con especial énfasis en las necesidades y urgencias criminalísticas locales en primer lugar. Realizar un intento de conceptualización mas allá del plano simbólico²³, que sea práctico y operativo, a fin de que desaparezca sobre el delito transnacional el fantasma que tan bien describe Zaffaroni de "Categoría frustrada"²⁴.

Intento alejarme de las brillantes ideas que nos deja el autor tras el análisis que realiza del organised crime, sin dejar de reconocer el modelo conspirativo y político que motivó a los EEUU a emprender la lucha contra el mismo como un fenómeno invasivo extra americano.

El paradigma mafioso junto a ciertas afirmaciones en cuanto a la sofisticación de sus estructuras, a la externalidad de su origen, y el traslado del modelo mafioso hacia el resto del mundo, son categorías discutidas por el autor, argumentando que las afirmaciones sobre el dominio de los mercados por la mafia, y la importancia del poder de la misma no se basan en ningún esfuerzo de verificación sistemática académica ni oficial.

Ahora bien, considero la necesidad de ubicar la cuestión no desde lo teórico criminológico, sino con un enfoque mas práctico, atendiendo las consecuencias sobre las economías nacionales. El análisis del tema seguramente nos llevará a alejarnos del planteo funcional norteamericano que Zaffaroni contempla, para acercarnos a lo cotidiano, dándonos oportunidad más bien de hablar sobre la agresión que produce el delito sobre nuestra riqueza como nación. Lo que tan pragmáticamente saben definir otros países.

El informe de la Comisión Investigadora de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, de Agosto de 2001²⁵ incluyó un capítulo expresamente dedicado al las operaciones realizadas en Argentina, que tuvieron como objeto el ocultamiento de dinero proveniente de ilícitos (evasión, corrupción, etc) anteriores a la ley 25.246,

²³ Véase el informe de la Honorable Cámara de Diputados emitido durante la sanción de la Ley 24.246, OD N° 1999 donde se reconoce la necesidad de su aprobación, "para que la Argentina cuente con una regulación de lavado que, al menos en el plano del derecho penal simbólico, pueda ubicar al país en el ámbito de los países que no son proclives al lavado de dinero"

²⁴ Zaffaroni Eugenio; "El Crimen Organizado: Una Categoría Frustrada"; Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología.

²⁵ Ver nota en Sánchez Brot Luis; "Lavado de Dinero, Delito Transnacional"; La Ley; Buenos Aires; 2002; Págs. 47 y sigs.



arrojando como resultado sorprendente que tan solo los movimientos bancarios de extracción de dinero nacional hacia la banca "off shore" de Bahamas habrían producido prejuicios estimados en un monto superior a los U\$S 110.000.000. Básicamente se encontró un circuito clandestino de fondos por el que se captaban aquellos de origen no identificados, se los derivaba hacia una banca extranjera, la que luego los reingresaba o como préstamos a alguna entidad, o alguna empresa vinculada a los negocios inmobiliarios.

Zaffaroni describe un tipo de prohibiciones extrapoladas desde los países interesados en su operatividad internacional, y además argumenta que esta aplicación de figuras puede traducirse en proteccionismo irracional. Pero concretamente una clase de proteccionismo de los poderosos, de los que exportan las medidas punitivas atendiendo necesidades propias.

No veo obstáculos para desarrollar un tipo de proteccionismo nacional, la respuesta del que imponen las potencias hegemónicas del mundo sobre sus finanzas, consintiendo en asegurar las mínimas garantías sobre la libre competencia económica, sin que esto último derive en inseguridad para el inversor legal.

La historia de los últimos años de la República Argentina fue en gran parte signada por la lucha de poderes en lo económico, entre los partidarios de librar al capital de barreras contra la libre circulación financiera, y los partidarios de la intervención por el otro. Tal lucha sabemos quien la ganó, y la ganó con el argumento de que solo la "seguridad jurídica", (entendida en forma muy particular por cierto) garantizaría la necesaria inversión de capitales para el despegue económico.

A la luz de lo ocurrido entonces considero que el país debe definir sus propios ofensores del sistema, al tiempo de diseñar lo que ciertamente serán sus nuevos parámetros de seguridad jurídica, y actuar en defensa de la vida y credibilidad de las instituciones que investigan el delito, o los delitos que nos interesan como nación. No necesariamente los candidatos a la criminalización serán los más débiles, tal cual vaticinaba Zaffaroni.

"De esta manera, el sistema penal se convierte en un factor de concentración económica, que no necesariamente importa la exclusión de las actividades ilegales en el mercado, sino solo su concentración junto con las legales... los raros casos en que el sistema penal cae sobre alguien invulnerable se deben a que éste perdió su



invulnerabilidad en una lucha hegemónica con otro competidor de casi parejo poder”²⁶.

Esto creo humildemente que no puede decirse más...

La intromisión del Estado, (que no es irracional si se quiere que así sea), no debe actuar en la mediación de poderes hegemónicos para definir un triunfador entre los contendientes. Tampoco debe ejercerse derrotada de antemano, convencida de que potencia actividades ilícitas o la misma corrupción política.

Argentina debe anteponer sus intereses como nación, y muy específicamente en este tema, donde aún lo puede hacer, del mismo modo que lo hacen otras naciones del mundo, sabiendo que es lo que se pone en juego, desde nuestro territorio, sin rechazar claro está la necesaria integración institucional mundial, ni subvertir valores constitucionales desde el Derecho Penal. Pero atendiendo primariamente las necesidades legales locales.

El fenómeno ciertamente está sucediendo, y la nación debiera dar una firme respuesta sin el temor, diría paralizante de menoscabar nuestro sistema de garantías, tampoco adscribir a la fábula conspirativa que bien señala Zaffaroni en términos de librar la guerra contra “el enemigo cósmico”.

El tema demanda sinceramiento. O se ataca desde el uso de herramientas sugeridas, reconociendo la internacionalidad de sus conexiones y consecuencias, con los resultados que se han obtenido hasta hoy. O de lo contrario al mejor estilo de los países fuertes del planeta, se intenta la vía alternativa, poniendo a salvo la justicia y las instituciones que se han creado con el fin de encausar el procesamiento y castigo de las empresas delictivas adheridas al lavado de dinero. ♠

²⁶ Zaffaroni Eugenio; Op. Cit.; Pág. 277.